XIV.

Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts.

Von dem
Geheimen Regierungsrath und Professor von Löhr,
in Gießen.

Es kann nicht fehlen, daß demjenigen, welcher sich ernstlich mit einer Wissenschaft beschäftigt, eine Menge von Fällen vorkommen, wo, seiner Ansicht nach, das Wahre noch nicht gefunden oder vergessen worden, wo das Einfache und Natürliche dem sehr entfernt Liegenden nachgesetzt wird, wo man den richtigen Gesichtspunkt übersieht. Wenn auch Zeit und Lust es gestatteten, alle diese Beobachtungen in eigenen Aufsätzen zu erörtern; so wird sehr häufig schon der Gegenstand selbst dieses verbieten. Darum sollten aber solche Bemerkungen, wenn sie auch nicht in Abhandlungen verarbeitet werden können oder sollen, dem Publicum nicht vorenthalten bleiben. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend gebe ich hier einige Bemerkungen, zufällig ausgewählt, die weder auf großen wissenschaftlichen Werth, noch auf Erschöpfung des Gegenstandes Ansprüche machen; die aber doch vielleicht geeignet sind, direct oder indirect zur Vermeidung gangbarer Irrthümer beizutragen. Größere Ausführung, so wie besondere Berücksichtigung der Literatur war natürlich dem Zwecke dieser Andeutungen nach ausgeschloßen.

1.

Ob bei dem Codicille eines Blinden fünf oder sechs Zeugen erforderlich seyen, ist sehr bestritten. Dieser Streit, wie so manche andere Controverse, ist eben nicht geeignet, unsern Juristen großes Lob zu bringen. Der dürre Buchstabe des Gesetzes mißbilligt beide Meinungen. Justin, nachdem er die bekannten Formen für die Testamente der Blinden vorgeschrieben hat, fährt auf die folgende Weise fort:

Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa, quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda [1].

Er schreibt also sehr deutlich vor, daß bei dem Codicille eines Blinden ganz dieselben Förmlichkeiten beobachtet werden müssen, die zur Gültigkeit des Testaments eines Blinden erforderlich sind.

2.

Eine Verordnung von Theodos II. sagt [2]:

In *omni* autem ultima voluntate, *excepto testamento*, quinque testes — debent adhiberi. —

Dies erfordert man in dem Falle nicht, wo ein öffentliches Codicill errichtet wird und wo das Codicill die Form eines gültigen privilegirten Testaments hat. So sehr ich diese Ausnahmen billige, so glaube ich doch mit Recht fragen zu können, warum man hier Ausnahmen zuläßt, von denen kein Gesetz etwas weiß, andere dagegen, der Allgemeinheit dieser Stelle

1) c. 8. C. 6. 22. — S. Meine Uebersicht der Constitutionen von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian S. 99. und die Compendien von Mackeldey (2te Ausgabe) und Schweppe.

2) c. 8. §. 3. C. 6. 36.

wegen, verwirft, die wenigstens eben so sehr im Geiste der Gesetzgebung gegründet sind?

3.

Es ist eine, seit langer Zeit allgemeine, Ansicht, daß der Regel nach Legate und Fideicommisse nur dann auf Wirksamkeit Anspruch machen konnten, wenn sie in einem Testamente oder einem förmlichen Codicille hinterlassen werden; nun bei dem fideicommissum heredi praesenti injunctum bedürfe es keiner Form [3]. Betrachtet man nun die Worte und den Zusammenhang von Justinians Verordnung [4], so scheint allein die von der Glosse vorgetragene, längst vergessene, Meinung vertheidigt werden zu können. Hiernach verordnet Justinian, ein jedes Legat oder Fideicommiß sollte gelten können, wenn es ohne alle Form hinterlassen worden: dies jedoch nur, wenn der honoratus den Beweis durch den Eid des gravatus führen will. Will der honoratus auf andere Art beweisen, so kann er das Legat oder Fideicommiß nur alsdann in Anspruch nehmen, wenn es in einem förmlichen Testamente oder Codicille ausgesetzt worden ist. — Beide Grundsätze treten nach dieser Ansicht auf gleiche Weise ein bei dem mündlich aufgelegten, bei dem bekannt gemachten und bei dem Vermächtnisse, wo keins von beiden Statt gefunden hat. Nur allein durch diese Auslegung wird es erklärbar, wie Justinian in den Institutionen sagen konnte, er habe sich bestrebt, den Augustus zu übertreffen, welcher den Fideicommissen, selbst wenn sie ohne alle Form hinterlassen worden, Rechtsgültigkeit beigelegt habe. Hierdurch allein bekommt endlich eine

---

3) Eine Milderung dieser Ansicht findet sich in Schweppe's Röm. Priv. Recht. III. §. 826. Jedoch scheint sie auch in dieser Gestalt unrichtig.

4) c. 32. C. 6. 42. — §. 12. J. 2. 23.

andere Verordnung Justinians [5]) ihren vollen und richtigen Sinn.

4.

Wenn man behauptet, der Fideicommißerbe sey völlig unfähig, Testamentszeuge zu seyn; so scheint man den historischen und innern Zusammenhang zu mißkennen und gegen den Buchstaben der Gesetze zu reden.

Nach altem Rechte konnte der directe Erbe allerdings Zeuge seyn: nur die mit dem Erblasser durch Verhältnisse der potestas verbundene, der familiae emtor und die, welche mit diesem in Verhältnissen der Gewalt sich befanden, konnten wegen ihren persönlichen Beziehungen nicht zeugen [6]). Der einfache Grund hiervon war, weil, wenn ich so sagen darf, die vis testamenti auf dem Testator und dem familiae emtor beruhten.

Als in der Folge das alte testamentum per aes et libram aufhörte, und an seiner Stelle die neuen Formen nach und nach aufkamen, änderte sich freilich die Sache wesentlich. Diesem ungeachtet blieb nicht allein der Grundsatz, daß die im Testamente Bedachten Zeugen seyn konnten; sondern er wird sogar namentlich in einer Verordnung von Zeno neu anerkannt [7]). Erst in einer Verordnung Justinians wird der Grundsatz ausgesprochen, daß der Erbe nicht Zeuge seyn könne. Der Inhalt dieser Constitution, welche nicht auf uns gekommen ist, wird in den Institutionen [8]) auf folgende Weise angegeben:

---

5) c. 13. C. 4, 1.

6) Ulpian 20, 3. — §. 10. J. 2. 10.

7) Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis *pro suo lubitu*, *quod voluerit* testator relinquere non prohibetur. c. 22 C. 6. 23. Ohne Zweifel sprach diese Constitution noch viel bestimmter. Wenigstens kann das §. 10. J. 2. 10. Gesagte sehr wohl auch auf sie und eine damit vorgenommene Aenderung bezogen werden.

8) §. 10. 17. J. 2. 10.

Ad imitationem pristini familiae emtoris merito *nec heredi*, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei ut dictum est conjunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare..... *Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt*, et aliis personis quae eis conjunctae sunt testimonium non denegarimus.

Gehen wir von dem bisher Angeführten aus, so kann nur der heres, dem allein das Recht, Zeuge zu seyn, genommen wird, aber kein fideicommissarius ausgeschlossen seyn, auch nicht der fideicommissarius universalis, dies um so weniger, da auch der innere Zusammenhang zu demselben Resultate hinführt, auf welches Geschichte und Sprache hinweisen. Nur allein der directe Erbe ist es, auf dem die Gültigkeit des Testaments beruht, wie sie ehemals auf dem familiae emtor beruhte, nur allein dieser steht in unmittelbarem Verhältnisse zu dem Erblasser, wie ehemals der familiae emtor: und allein bei ihm kann die in den Institutionen angedeutete Uebertragung gedacht werden, nur er ist als Zeuge in eigener Sache zu betrachten: der Fideicommiß ist es dagegen in keiner Beziehung mehr als die andern Legatare.

Gegen das bisherige entscheiden auch die Worte, quia non juris successores sunt, nichts. Daß jeder universalis successor damit gemeint sey, auch der, welcher es durch die vom Erben vorgenommene Restitution wird, möchte wohl schwerlich je erwiesen werden können.

5.

Woher mag es wohl kommen, daß man fast überall sagt: der Testator muß das Testament schreiben oder mit seinem Namen unterschreiben, da doch weder das Eine noch das Andere hinreicht? Theodos II. [9]) sagt ausdrücklich, es sey zwar erlaubt

9) c. 21. pr. C. 6, 23.

das Testament aufzusetzen, bevor man es den Zeugen zur Unterschrift vorlege, dum tamen *testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit* quod offertur, eique ipse *coram testibus* sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit. Er erfordert also Anerkennung der Urkunde und Unterschrift in Gegenwart der Zeugen zur Form des Testaments. Eben so sagt Justinian [10]: Sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, *et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit*, sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur, und zeigt so deutlich, daß das bloße Selbstschreiben von der Unterschrift den Testator nicht befreie.

6.

Thibaut (Pandectenrecht §. 753. nr. 2.) sagt: „bei dem legatum partitionis gehen auf den bestimmten Theil die Rechte des Erblassers auf den Legatar über, nicht aber die Schulden: doch muß der Legatar dem Erben durch die s. g. stipulationes partis et pro parte Caution leisten, zur Abbezahlung der Schulden verhältnißmäßig beitragen zu wollen.“ Bei dieser Aeußerung scheint mir übersehen vorerst, daß der Erbe das Recht hat, den Legatar abzufinden [11], macht der Erbe von diesem Rechte Gebrauch, so fällt Alles hinweg. Sodann ist es nicht richtig, daß, wenn der Erbe den Legatar nicht abfindet, alle Rechte auf diesen übergehen. Die Forderungen gehen eben so wenig über, wie die Schulden [12], und dies aus dem einfachen Grunde, weil weder Forderungen noch Schulden durch singularis successio übertragen werden kön,

10) c. 28. §. 1. C. 6, 23.

11) Fr. 26. §. 2. fr. 27. D. 30. — fr. 32. §. 8. D. 33. 2.

12) Ulpian XXV. 14. 15. — §. 5. J. 2, 23.

nen [13]). Die stipulationes partis et pro parte sind zur communicatio lucri et damni inter heredem et legatarium partiarium eingeführt. — Ob übrigens seit Justinians Verordnungen [14]) noch von einem legatum partitionis die Rede seyn könne und ob dies nicht vielmehr im neuesten Rechte mit dem fideicommissum hereditatis zusammen falle: dies ist eine Frage, von der hier nicht weiter geredet werden kann.

7.

Theodos der zweite verordnete, daß, wenn Ascendenten ihre Descendenten zu Erben einsetzen, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, so sollen die Descendenten der eingesetzten aber weggefallenen Descendenten die Stelle der letzten einnehmen, als wenn sie ihnen substituirt wären. Dasselbe solle eintreten, wenn die Ascendenten ihren Descendenten Legate oder Fideicommisse hinterlassen [15]).

Diese Verordnung pflegt man sehr häufig auf eine doppelte Weise zu sehr zu beschränken. Zuerst behauptet man, die Descendenten des Eingesetzten hätten nur alsdann ein Recht nach dieser Verordnung, wenn dieser den Erblasser überlebt habe. Für diese Ansicht findet sich auch nicht entfernt ein Grund in der Verordnung selbst; nur die Regel, daß allein

13) Dies geht aus der Natur der Obligationen, aus fr. 25. §. 2. D. 7, 1., aus einer großen Menge Anwendungen und auch daraus hervor, daß keine Art der Uebertragung nachgewiesen werden kann. — Daß man einen mandatarius in rem propriam bestellen kann, gehört so wenig hierher, als daß ein Wechsel von Creditor oder Debitor durch novatio möglich ist. — Im ersten Falle bleibt der alte Creditor und Debitor, im zweiten entsteht eine neue obligatio.

14) c. 1. 2. C. 6, 43.

15) c. 1. C. 6. 52.

eine dem Erblasser deferirte Erbschaft transmittirt werden könne und eine vorübergehende Aeußerung Justinians können scheinbar als Gründe gelten. Die erste ist völlig unbedeutend, weil die Fälle, wo man eine einem Dritten deferirte Erbschaft erwerben kann, nirgends bei den Römern zusammengestellt, nirgends mit dem Namen transmissio, als eigenthümlichen und technischen, bezeichnet werden. Zudem dürfte der Beweis der Regel keine große Schwierigkeit haben.

Scheinbarer ist der zweite Grund, den Thibaut [16]) vorzüglich gegen Hugo [17]) geltend macht. In der c. 1. §. 2. C. 6, 51. werde gesagt, caducum heiße, was nach dem Tode des Erblassers ausfalle, im §. 5. derselben Stelle werde verordnet, die Caducität solle aufhören und darum die Erbschaften mit dem Tode des Erblassers in der Regel deferirt, die Legate erworben werden. Unmittelbar hierauf werde hinzugefügt:

> Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur; exceptis videlicet liberorum personis, de quibus *theodosiana* lex super hujusmodi casibus introducta loquitur; his nihilominus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, *a nobis* constituta sunt, in suo robore mansuris.

Diese Verbindung beweise deutlich, daß die theodosiana lex nur in dem Falle der ehemaligen caduca statt gefunden, also wenn der institutus post mortem testatoris wegfällt. Zu demselben Resultate führe die Zusammenstellung mit Justinians Verordnung, welche unstreitig den Anfall der Erbschaft voraussetzt.

Auch dieses Argument scheint mir nichts zu entscheiden. Es ist nirgends gesagt, daß die theodosiana lex nur bei dem caducum eintrete, es ist nicht einmal die Absicht ersichtlich,

---

16) Thibaut Pand. Recht. II. §. 675. Note z.
17) Hugo Pandecten 5te Aufl. §. 151.

die Natur der beiden s. g. Transmissionen zu erläutern. Justinian will nur allein den Satz erläutern, die angefallenen Legate geben auch vor der förmlichen Annahme auf die Erben des Legatars über, die Erbschaften dagegen nicht, und will diesen Satz durch Erwähnung der Transmissionsfälle gegen Mißverständnisse sichern. Daß die s. g. transmissio theodosiana auch eintreten könne, wenn der Eingesetzte nach dem Erblasser wegfällt, läugnet niemand. Dies allein aber ist es, was aus dieser Stelle etwa erwiesen werden kann.

Dagegen finden sich sehr bedeutende Gründe für die schon von Hugo vertheidigte Meinung, daß es hier gar nicht darauf ankomme, ob dem eingesetzten Erben die Erbschaft wirklich angefallen war: daß vielmehr die Descendenten desselben, wie gesetzliche substituti zu betrachten seyen. Durch die lex Julia et Papia Poppaea war der Grundsatz eingeführt worden, daß Erbschaften und Legate erst nach Eröffnung des Testaments deferirt werden sollten [18]). Dieser Grundsatz galt bis auf Justinian [19]), also noch lange nach der Zeit, wo unsere Verordnung erlassen wurde, wenn also Theodos sagt, die Descendenten sollten die ihren Ascendenten hinterlassene Portion erhalten können, *licet et* ante apertas tabulas defuncti, so sagt er nur, selbst alsdann, wenn diese vor Anfall der Erbschaft gestorben seyn sollten, also gerade das, was hier vertheidigt wird. Daß das Verordnete statt finden soll, selbst wenn keine Substitutionen Statt gefunden haben, so wie die ganz ähnliche Verordnung für die Legate und Fideicommisse, scheinen die gegebene Auslegung noch mehr zu unterstützen.

---

18) Ulpian tit. 17. §. 1. tit. 24. §. 31. — c. 1. §. 1. C. 6. 51. Ob es bei dem heres ex asse anders gewesen sey, wie man aus fr. 1. §. 4. D. 22, 6. — c. 3. C. 6, 30. schließt, ist eine hier völlig gleichgültige Frage, die uns Gajus am besten beantworten wird.

19) c. 1. §. 1. C. 6, 51. Vielleicht ist es auch hier nicht zu übergehen, daß diese Constitution erst im Jahr 534. erlassen wurde.

Nicht weniger ungegründet, wie die bisher getadelte Beschränkung, scheint eine zweite, die vorzüglich in neuerer Zeit gewöhnlich geworden ist. Es soll die s. g. transmissio theodosiana nur dann Statt finden, wenn der eingesetzte Erbe vor Eröffnung des Testaments gestorben ist. Diese Ansicht gründet sich vorzüglich auf dem Mißverstehen der im Anfange dieses Aufsatzes angeführten Worte: *Licet et* ante apertas tabulas defuncti, sagt aber gewiß nicht das hier Getadelte; sondern bezeichnet nur, daß sogar alsdann, wenn der institutus vor der Delation (Eröffnung des Testaments) gestorben, diese Transmission eintreten solle. Warum sollten auch die Descendenten des später Gestorbenen schlimmer daran seyn, als die desjenigen, der früher gestorben ist? Schlimmer daran wären sie aber, selbst nach Einführung der s. g. transmissio Justinianea, wenn man nicht der s. g. transmissio ex capite restitutionis in integrum eine Ausdehnung geben will, welche sie in den Gesetzen nicht haben dürfte.

8.

Eine eröffnete Erbschaft kann nur derjenige erwerben, dem sie deferirt worden ist. Ausnahmen hiervon konnten nur Statt finden durch in integrum restitutio [20]), durch decretalis B. P. [21]) und gewissermaßen in einigen für uns völlig unbedeutend gewordenen Fällen [22]). Selbst wenn einem filius fa-

---

20) Fr. 8. §. 30. fr. 4. D. 29, 5. — fr. 30. pr. 86. D. 29, 2.

21) Mein Aufsatz über decretalis B. P. in Grolmans Magaz. II. H. 4. S. 445. fgde.

22) Ich meine hiermit das caducum, besonders in Beziehung wie wir es erst aus Gajus kennen gelernt haben, die addictio bonorum libertatum conservandarum causa, ferner Ulpian tit. 19. §. 13. 14. — Gewissermaßen gehören auch hierher das creptitium u. die addictio bonorum, legatorum conservandorum causa, die noch gültig sind, aber wohl hier nicht besonders beachtet zu werden brauchen.

milias oder Sklaven eine Erbschaft angeboten werden, konnte der Vater oder Herr, dem sie erworben wurde, nicht selbst die Handlungen des Erwerbes vornehmen. Viel bedeutendere Ausnahmen von diesem Satze entstanden durch die s. g. transmissio Theodosiana und die von demselben Theodos eingeführte s. g. transmissio ex capite infantiae, durch die s. g. transmissio Justinianea und durch eine, sehr oft nicht gehörig beachtetete, meines Wissens nirgends vollständig erklärte, Verordnung Justinians [23]). In dieser wird genau bestimmt, wie es, seit Justinians Verordnung über die Adventitien [24]), in dem Falle gehalten werden solle, wenn einem filius familias eine Erbschaft anfalle. Ist derselbe unter 7 Jahren, so bestimmt alles die Willkühr des Vaters, ist er älter, so kann, wenn beide verschiedener Meinung sind, der Sohn die vom Vater nicht gebilligte Antretung allein vornehmen, es kann aber auch umgekehrt der Vater die seinem filius familias deferirte Erbschaft für sich antreten, wenn dieser sie nicht haben will. Dieser letzte Satz, der uns hier allein angeht, ist sehr deutlich in den folgenden Worten enthalten:

> Sancimus itaque in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur... sive pater adire filium familias integrae aetatis compellit, et ille reclamandum existimat, sive ... *liberam habere licentiam et patrem ipsum sibi adire hereditatem, recusante filio*, et omne sive damnum, sive lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc praejudicio filio generando ... neque adversus filium simili mode actione exten-

23) c. 8. C. 6, 61. Daß im Texte der hier weiter nicht zu beachtende Inhalt dieser Stelle nicht vollständig, sondern nur so weit, als es der Zusammenhang erfordert, angegeben worden, giebt der Augenschein.

24) c. 6. C. 6, 61.

denda, ubi recusante eo, pater sua auctoritate haec sibi vindicet, *hujusmodi aditionis tramite ex praesenti lege patri competente:* Sed habeat pater omnem licentiam et actiones movere et ab aliis pulsari, ubi ad eum totum commodum advenit... [25]).

Similique modo et in milite filio familias, qui recusaverit aditionem hereditatis, quae ei ex castrensibus occasionibus perveniat, *patri danda licentia adire hereditatem, ut ad ipsum perveniat pleno jure,* tam per usumfructum, quam per dominium eandem hereditatem possessurum, *quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus:* eo videlicet subjacente omnibus oneribus hereditariis, et omnia commoda habituro, et ad filium nullo periculo redundante [26]).

Woher mag aber wohl diese außerordentliche Neuerung kommen? Der Zusammenhang, auf den die Verordnung selbst einigermaßen hinzuweisen scheint, ist ohne Anstand der folgende. Im alten Rechte galt der Grundsatz, daß ein filius familias nichts Eigenes haben könne. Alles, was er erwarb, erwarb er dem pater familias. Dieser Grundsatz wurde zwar durch die Entstehung des castrense peculium und später durch Verordnungen Konstantins und späterer Kaiser gemildert, er blieb aber dennoch im Ganzen bis auf Justinian, der ihn in der c. 6. C. 6, 61. ganz vernichtete. Bis auf Justinian wurde sonach eine dem filius familias deferirte Erbschaft in der Regel dem Vater durch den Sohn erworben, es mußte daher auch von dem Willen des Vaters abhängen, ob der Sohn die Handlung des Erwerbs vornehmen solle. Durch Justinian wurde alles dies zum Vortheile des Kindes geändert:

---

25) c. 8. pr. C. 6. 61. Hiermit hängt das in derselben Constitution s. 6. Verordnete innig zusammen.

26) c. 8. § 2. C. 6, 61.

jede Erbschaft wurde diesem eigenthümlich erworben, wenn er sie antrat. Sehr begreiflich konnte jetzt vernünftiger Weise weder von Zwang, noch von Verbot des Vaters bei der Antretung mehr die Rede seyn: sehr begreiflich war es aber auch, daß man dem Vater nicht mehr entziehen wollte, als der neue allgemeine Grundsatz erforderte. Daher die Verordnung, daß, wenn der Sohn die Erbschaft nicht bekomme, weil er sie nicht haben will, dem Vater jetzt das Recht zustehen solle, die Erbschaft sich zu erwerben, wie sie ihm bis hierhin durch eine auf seinen Befehl vorgenommene Antretung des Sohnes erworben worden war.

9.

Der Ausdruck suus heres kommt vor bei dem Rechte auf Institution oder Exheredation, bei der legitima hereditas und bei dem Erwerbe einer Erbschaft. In den beiden ersten Fällen bezeichnet er immer ein Kind, das sich unmittelbar in der potestas des Erblassers befindet: ob aber auch diese Andeutung in dem dritten Falle anzunehmen sey, ist eine große Frage. Dafür scheint zu sprechen eine Stelle der Institutionen, in welcher gerade von suis heredibus in der letzten Beziehung die Rede ist. Dort heißt es:

Sui autem et necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptisque ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. *Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate: tunc enim nepos neptisve in loco patris sui succedit* [27]).

Diesem unerachtet glaube ich dennoch die Behauptung auf-

---

27) §. 2. I. 2, 19. de heredum qualitate et differentia.

stellen zu können, daß jedes Kind in potestate, auch das, welches nur mittelbar darin ist, hier mit dem Namen suus heres bezeichnet werden muß. Dagegen beweißt die ausgeschriebene Stelle sehr wenig, weil die sonstigen Bedeutungen von suus heres einen Irrthum sehr erklärlich machen und die am Ende doppelt unterstrichenen Worte deutlich zeigen, daß hier eine Stelle copiert wurde, welche von der Intestaterbfolge redete [28]. Für meine Meinung giebt es sehr entscheidende Gründe, von denen einige noch angeführt werden sollen.

Die Erben werden in demselben Titel der Institutionen, wo nie die oben ausgeschriebenen Worte sich finden, gerade so, wie sonst überall, in Rücksicht auf den Erwerb eingegetheilt in heredes necessarios, in suos et necessarios und in extraneos. Die ersten sind nach den Institutionen, wie nach allen andern Stellen, die Sklaven des Erblassers, welche zu Erben eingesetzt werden, die letzten diejenigen, welche sich nicht in der Potestas des Erblassers befinden. Da die Freien, welche sich mittelbar in der Potestas des Erblassers befinden, zu keiner dieser beiden Classen gerechnet werden können, so bleibt, selbst nach der Darstellung der Institutionen (wenn gleich im Widerspruch mit den Worten), nichts übrig, als auch diese den suis et necessariis beizuzählen.

Auf dasselbe Resultat führt der innere Zusammenhang der Lehre. Die sui et necessarii sind die dem Erblasser gehörenden Freien (wenn ich mich so ausdrücken darf). Sie müssen Erben werden, weil sie die Befehle des Erblassers befolgen müssen; sie werden ipso jure Erben, weil bei dem, der Erbe werden muß, die Nothwendigkeit der Antretung zu überflüssigen

28) Könnte der westgothische Gajus etwas entscheiden, so würde durch ihn das im Texte Angeführte streng erwiesen seyn. Dieser sagt Lib. 2. tit. 3. §. 6. nur: heredes autem sui sunt, aut necessarii, aut extranei. Sui heredes adpellantur filii, aut nepotes ex filiis masculis, quos in potestate avus vel pater habet necessarii etc. und weiß also von der Verschönerung der Compilatoren nichts.

und unpassenden Weitläuftigkeiten hinführen würde. Auch die mittelbaren in der Potestas sich Befindenden sind frei und hörig. Bei ihnen muß das Gesagte eben so eintreten, wie bei den Unmittelbaren.

Auf Alles dies führen auch die Darstellungen von Gaius (s. die letzte Note) und von Ulpian [29]) und so manche andere Stelle. Von diesen mögen noch einige hier angegeben werden. Interdum filii familias, sagt Ulpian, et sine aditione acquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate. *Ut puta, si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium;* sed si quis heres institutus adoptetur a filio exheredato [30]), *necessarium eum non facit, sed juberi debet, ut adeat, quoniam mortis tempore in potestate non fuerit. Nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset extaturus* [31]). Auf gleiche Weise setzt Julian die hier vertheidigte Ansicht voraus, indem er sagt: filius patroni exheredatus, quamvis nepos ex eo heres scriptus fuerit, bonorum possessionem contra tabulas paternorum libertorum accipere non potest: *licet enim necessarius existat patri suo, non per semet ipsum, sed per alium ad hereditatem admittitur* [32]).

---

29) Inter necessarios heredes, id est, servos cum libertate heredes scriptos, *et suos et necessarios, id est, liberos, qui in potestate sunt,* jure civili nihil interest... Ulpian tit. 22. §. 24.

30) Da ein filius familias nicht adoptiren kann; so versteht es sich von selbst, daß die adoptio erst nach dem Tode des pater familias vorgenommen worden. Daß aber ein post mortem adoptatus nicht als posthumus agnoscire, geben die allgemeinen Grundsätze.

31) Fr. 6. §. 5. 6. D. 29, 2.

32) Fr. 13. D. 38, 2.